

IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NOS ARTIGOS 461 E 461A DO C.P.C. CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Janáina Barbier Gonçalves*

INTRODUÇÃO. 1 O PROCESSO CIVIL COMO UM INSTRUMENTO DE EFETIVA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. 1.1 O processo civil antes da Constituição de 1988. 1.2 A nova visão do processo civil após a Constituição de 1998. 1.3 O princípio da efetividade. 1.4 O princípio do devido processo legal. 1.5 Necessidade de analisar-se proporcionalmente a efetividade x o devido processo legal. 2 A CRIAÇÃO DOS ARTIGOS 461 E 461A DO C.P.C. E A ADOÇÃO DE MECANISMOS DE COERÇÃO PARA GARANTIR A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL. 2.1 Tutela específica e mecanismos legais para a realização da obrigação. Artigo 461, parágrafos 4º. e 5º. 2.2 Breves considerações sobre a astreintes e o contempt of court. 2.3 A função técnica da coerção patrimonial. 2.4 A titularidade da multa. 3 APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO PARÁGRAFO 4º. DO ARTIGO 461 DO C.P.C. CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. 3.1 Posição da doutrina e da jurisprudência pátria acerca do tema. 3.2 A ausência de razoabilidade do meio coercitivo na aplicação da multa contra a Fazenda Pública, em face da inexistência de pressão psicológica. 3.3 A ausência de efetividade das astreintes em desfavor da Fazenda Pública 3.4 A aplicação da multa contra a Fazenda Pública e a necessidade de fundamentação das decisões judiciais. O art. 93, IX, da CF/88 e o art. 165 do C.P.C.. CONCLUSÕES. REFERÊNCIAS JURISPRUDÊNCIA

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo demonstrar a falta de razoabilidade e de efetividade no uso dos meios coercitivos patrimoniais contra a Fazenda Pública, pois a Administração, jungida à legalidade, nem sempre exhibe condições de atender, prontamente, as chamadas “prestações positivas” que podem ser exigidas através dos artigos. 461 e 461A do CPC.

Inicialmente, faremos uma sucinta exposição do movimento pela efetividade da prestação jurisdicional e de sua aplicação no Processo Civil brasileiro em conformidade com o devido processo legal.

*Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pelotas. Ex- integrante da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 61, p. 161-191, jan./jun. 2005

Num segundo momento, abordaremos à tutela específica, traçando breves definições dos institutos da *astreintes* e do *contempt of court*, analisando, ainda, a função técnica da coerção patrimonial e a titularidade da multa prevista no parágrafo § 4º. do artigo 461 do CPC.

Por fim, enfrentaremos a questão da aplicação da multa contra a Fazenda Pública, trazendo a posição doutrinária e jurisprudencial acerca do tema, e tecendo considerações sobre a ausência de razoabilidade e efetividade de seu emprego, bem como a ausência de fundamentação da decisão judicial que a contempla.

2 O PROCESSO CIVIL COMO UM INSTRUMENTO DE EFETIVA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

2.1 O Processo Civil Brasileiro Antes da Constituição de 1988

O Código de Processo Civil brasileiro sofreu enorme influência dos grandes mestres do direito processual Enrico Tullio Liebman e Alfredo Buzaid, os quais influenciaram, ainda, várias gerações de processualistas brasileiros.

Cumprе destacar em poucas palavras o entendimento de Liebman, segundo o qual a função do juiz não é dar ordens às partes, mas sim declarar qual a situação existente entre elas de acordo com o direito vigente.

Assim, os processualistas brasileiros, seguidores de Liebman e Buzaid optaram pela classificação trinária das sentenças (constitutiva, declaratória e condenatória), refutando o reconhecimento dos efeitos mandamentais e executivos nas sentenças - *imperium*.

Colaciona-se a lição de Ovídio Baptista da Silva¹: “temos de ter presente que o direito moderno utilizou-se, em sua formação, das fontes romanas dos últimos períodos de sua história, especialmente do direito romano justiniano, perante o qual tornara-se mais acentuado a equivalência entre *iurisdictio* e declaração oficial do direito, com função de ‘composição da lide’, em oposição a *imperium*”.

Nesta senda, o Código de Processo Civil de 1973 visualizou a jurisdição como mera declaração de direitos (*actio*), sem que qualquer tipo de ordem viesse a integrar o seu conteúdo (*interdictio*).

Ainda, segundo Ovídio Baptista da Silva, o processo civil brasileiro foi fortemente influenciado pelo racionalismo cartesiano, primando pela necessidade de certeza nos provimentos judiciais, o que o conduziu a uma estrutura que prevê infindáveis recursos às instâncias superiores, os quais acabam por tornar demasiadamente lenta a prestação jurisdicional.

¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 29.

Leciona Ovídio Baptista da Silva²:

[...] mostra-se decisivo, a herança racionalista, para a posterior formação da 'ciência' do processo civil, com o abandono dos juízos de probabilidade, porque, segundo Descartes, apenas as 'verdades claras e evidentes' poderiam ser aceitas pela ciência. Esta proposição do filósofo é esclarecedora: 'O primeiro preceito era o de jamais aceitar alguma coisa como verdadeira que não soubesse ser evidentemente como tal, isto é, de evitar cuidadosamente a precipitação e a prevenção, e de nada incluir em meus juízos que não se apresentasse tão clara e tão distintamente a meu espírito que eu não tivesse nenhuma chance de colocar em dúvida.

Em resumo, a prestação da jurisdição no Brasil, conforme a concepção original do Código de 1973, limitava-se a decisões judiciais que apenas declaravam a vontade da lei, sem nenhum poder de imperium e a um processo de condução lenta, marcado pela previsão excessiva de recursos que acabavam por torná-la, muitas vezes, inócua, sem efetividade.

2.2 A Nova Visão do Processo Civil após a Constituição de 1998

Nas duas últimas décadas, houve um abarrotamento do Poder Judiciário, fenômeno que ocorreu, entre outras causas, em decorrência do fim do período ditatorial com o advento da Constituição Federal de 1988, a qual previu uma série de direitos ao cidadão e de deveres ao Estado.

Além desse, vários fatores decorrentes das mudanças na sociedade levaram a população a procurar a guarida do Poder Judiciário para a solução de litígios que, em outra conjuntura política, econômica e social, não necessitariam de apreciação judicial.

Nessa esteira, o acúmulo de demandas judiciais aliado à estrutura prevista no Código de Processo Civil de 1973 acabou por tornar insustentável a morosidade na prestação da jurisdição, tornando habitual a ineficácia do provimento jurisdicional, fato que conduziu os operadores do direito a ansiarem por uma maior efetividade da prestação jurisdicional.

A prestação jurisdicional efetiva tornou-se uma necessidade premente para que os sujeitos reconheçam a legitimidade da fala da lei através de decisões aptas a realmente realizarem os seus direitos e não apenas através de decisões que os reconheçam, mas não os realizem.

Surgiu, então, um forte movimento doutrinário e também jurisprudencial que visa a realização efetiva do direito.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira³, incansável defensor da efetividade no processo de conhecimento, bem assevera que só há direito quando este se

² BAPTISTA DA SILVA, **Jurisdição...**, p.132.

³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Efetividade e processo de conhecimento. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 16, p. 7-19, 1999, p. 7

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 61, p. 161-191, jan./jun. 2005

manifesta na prática:

Já o havia assinalado Rudolf von Jhering na grande obra que é o *Espírito do Direito Romano* (cito da 5. ed. alemã, de 1898, a 1. ed. data de 1858) - "O direito existe para se realizar. A realização é a vida e a verdade do direito, é o próprio direito. O que não se traduz em realidade, o que está apenas na lei, apenas no papel, é um direito meramente aparente, nada mais do que palavras vazias. Pelo contrário, o que se realiza como direito é o direito, mesmo quando não se encontra na lei e ainda que o povo e a ciência dele não tenham tomado consciência". - Assim é porque, sobretudo o direito como entidade prática, a determinação da "essência" não comprova a "existência": o direito não é o direito sem se manifestar na prática e como prática.

Neste sentido, também se manifesta BARBOSA MOREIRA⁴: "dir-se-á, então, que o processo funciona tanto melhor quanto mais se aproximar seu resultado prático daquele a que levaria a atuação espontânea do direito".

Na mesma linha, os Tribunais Pátrios vêm buscando imprimir maior efetividade ao processo, sendo inúmeras as decisões que homenageiam o princípio da efetividade.

Desta forma, ocorreu em relação ao processo civil brasileiro, uma verdadeira revolução, que levou o legislador a adaptar institutos seculares aos novos tipos de demandas que surgiram, a fim de se alcançar a efetiva jurisdição, entre os vários dispositivos legais que foram criados recentemente podemos citar os arts. 273, 461, 461^A, todos do Código de Processo Civil e o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor.

Tais institutos, visam dar maior efetividade ao processo através da antecipação de tutela e de tutelas específicas com relação às obrigações de dar e fazer, entre as quais mecanismos de coerção direta e indireta para o cumprimento das obrigações.

Sobre as tutelas diferenciadas nos ensina Humberto Theodoro Jr.⁵:

Passou-se a dividir no processo, desde então, metas que iam além da simples composição dos litígios e que se comprometiam com as aspirações do **devido processo legal**, tanto no plano formal como no material. A missão do judiciário a ser cumprida por meio do processo, a partir de então, vinculou-se à preocupação de **efetividade**, ou seja, à perseguição de **resultados** que correspondessem à melhor e mais justa composição dos litígios. Foi, à luz dessa nova constatação, desse novo posicionamento institucional que se insinuou e se fez prevalecer a teoria das tutelas diferenciadas. Não era mais aceitável sujeitar os litigantes a poucos e inflexíveis procedimentos, um apenas para cada tipo de ação ou pretensão, que muitas vezes se apresentavam inconvenientes e

⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual civil**: 6ª. Série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 215.

⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2904>>. Acesso em: 13 maio 2004.

incômodos como verdadeiras camisas-de-força para partes e juízes. Nesse sentido, as tutelas diferenciadas se prestam a valorizar o moderno **processo de resultados**, onde o compromisso maior da jurisdição é com a efetividade da prestação posta à disposição do litigante.

Passada um breve noção acerca da evolução do direito processual nas últimas duas décadas, passa-se a tecer concisos apontamentos sobre os princípios da efetividade e do devido processo legal.

2.3 O Princípio da Efetividade

Inicialmente, não se pode deixar de asseverar que o ideal do processo efetivo já era defendido, muito antes da citada evolução do processo civil brasileiro, por Chiovenda, o qual, segundo Humberto Theodoro Júnior.⁶: “[...] já preconizava que o ideal do processo deveria ser dar a quem tem direito, quanto possível, e de forma prática, tudo aquilo e exatamente aquilo que tivesse direito, segundo a obrigação do devedor”.

E continua o processualista brasileiro a discorrer sobre Chiovenda⁷: “o sonho de Chiovenda, tão contestado a seu tempo, acabou por se transformar em regra expressa dos Códigos de Processo Civil do Século XX, no primeiro grande impulso dado na direção de consagrar a função instrumental do processo e de valorizar a efetividade da prestação jurisdicional”.

No Brasil, consoante já foi aduzido em concisa abordagem nas linhas precedentes, há um grande movimento em prol da efetividade da prestação jurisdicional, movimento este que nasceu em face da necessidade de se outorgar às partes a realização de seus direitos e não apenas o seu reconhecimento.

Outrossim, o movimento pela efetividade das decisões judiciais visa também garantir a credibilidade do Poder Judiciário, uma vez que esta se encontrava e ainda se encontra abalada pela demora na prestação da tutela jurisdicional e também pelo desrespeito das partes em cumprir os provimentos judiciais.

Luiz Guilherme Marinoni⁸, nos ensina que o direito a uma tutela jurisdicional efetiva é um direito fundamental previsto na Carta Magna de 1988:

O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, afirma que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Entende-se que essa norma garante a todos o direito a uma prestação jurisdicional efetiva. A sua importância, dentro da estrutura do Estado Democrático de Direito, é de fácil assimilação. É sabido que o Estado, após proibir a autotutela, assumiu o monopólio da jurisdição. Como contrapartida dessa proibição,

⁶ Ibidem.

⁷ THEODORO JÚNIOR, Tutela específica...

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 30 out. 2004

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 61, p. 161-191, jan./jun. 2005

conferiu aos particulares o direito de ação, até bem pouco tempo compreendido como direito à solução do mérito. A concepção de direito de ação como direito a sentença de mérito não poderia ter vida muito longa, uma vez que o julgamento do mérito somente tem importância – como deveria ser óbvio – se o direito material envolvido no litígio for realizado – além de reconhecido pelo Estado-Juiz. Nesse sentido, o direito à sentença deve ser visto como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa direito à efetividade em sentido estrito.

Estando, portanto, a efetividade inserida no rol constitucional das garantias individuais, o questionamento que parece ser oportuno é aquele sobre até que ponto se pode priorizar o princípio da efetividade em detrimento do princípio do devido processo legal, considerando-se que ambos os princípios foram elevados a categoria de garantias individuais pela Carta Magna.

Tal questão é de suma relevância, sob pena de aplicarmos o princípio da efetividade apenas sobre o prisma da rápida solução dos litígios, restando olvidada a efetiva prestação da Justiça, podendo haver até mesmo a desconsideração do devido processo legal, com a entrega aos jurisdicionados de uma prestação célere, porém injusta.

Neste diapasão, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira⁹, demonstra preocupação com a efetividade indiferente à justiça, ou seja, com a efetividade vista somente como uma solução rápida para os litígios, como um fim em si mesmo e não como um meio para a realização da justiça:

A questão que se coloca em semelhante contexto é se realmente se mostra desejável esse tipo de efetividade, indiferente à justiça, que conduz a uma negativa contraposição entre utilitarismo e justiça na medida em que a relativiza em função da performance, a transformar o juiz em burocrata, assimilando as funções executiva e judicial. A nosso entender a efetividade só se revela virtuosa se não colocar no limbo outros valores importantes do processo, a começar pela Justiça, mas não só por este. Justiça no processo significa exercício da função jurisdicional de conformidade com os valores e princípios normativos conformadores do processo justo em determinada sociedade (imparcialidade e independência do órgão judicial, contraditório, ampla defesa, igualdade formal e material das partes, juiz natural, motivação, publicidade das audiências, término do processo em tempo razoável, direito à prova).

De outra banda, em que pese a indubitável necessidade de se imprimir maior efetividade ao processo, e a festejada criação de mecanismos legais para implementá-la, também não se pode tolerar que seja realizada a efetivação do direito da parte a qualquer preço, ou seja, deve-se submeter à crítica a forma

⁹ OLIVEIRA, Efetividade..., p. 8-9.

como esses mecanismos vem sendo utilizados pelo Poder Judiciário, através de debates, que não podem de forma alguma ser sobrestados, sob pena de se criar a ditadura judicial, com magistrados dotados de poderes ilimitados, atuando sob a bandeira da justiça efetiva, prestando, porém a justiça com evidente desconsideração do devido processo legal, o qual passaremos a analisar.

2.4 O Princípio do Devido Processo Legal

Analisando-se a doutrina brasileira e a experiência jurisprudencial norte-americana verifica-se uma tendência de se evitar um conceito específico do devido processo legal, havendo apenas a certeza de que este é decisivo para assegurar os direitos da população.

Ada Pellegrini Grinover¹⁰ aduz que “justiça, irrepreensibilidade, ‘due process of law’ são conceitos históricos e relativos, cujo conteúdo pode variar de acordo com a evolução da consciência jurídica e política de um país”.

Em síntese, em que pese não possa ser conceituado de forma precisa, é unânime na doutrina que a garantia do devido processo legal diz respeito aos princípios da igualdade, da legalidade e da supremacia da Constituição, sendo indispensável a sua observação em um estado democrático de direito.

Modernamente, o princípio do devido processo legal é analisado em face do seu caráter processual e de seu caráter substancial.

O devido processo legal processual ou procedimental está insculpido na Constituição Federal brasileira em art. 5º., inc. LIV, e expressa a indispensabilidade de todas as garantias e exigências inerentes ao processo, de forma que ninguém poderá ser atingido por atos sem a realização de mecanismos previamente definidos na lei.

Já o devido processo legal substancial, que surgiu em 1798 no julgamento de um caso concreto pela Suprema Corte norte-americana, no qual foi reconhecido que os atos normativos, sejam eles legislativos ou administrativos, que violarem direitos fundamentais, ofendem o devido

processo legal e estão sujeitos à declaração de nulidade pelo Poder Judiciário, caracteriza-se na atualidade como uma garantia que estabelece uma legítima limitação ao poder estatal como um todo (executivo, legislativo e judiciário), possibilitando a declaração de ilegitimidade de leis, atos e decisões que violem o regime democrático.

O devido processo legal significa, em seu sentido substancial, no sentir de Cândido Rangel Dinamarco¹¹: “proclamar a autolimitação do Estado no exercício da própria jurisdição, no sentido de que a promessa de exercê-la será cumprida com as limitações contidas nas demais garantias e exigências, sempre segundo os padrões democráticos da República brasileira”.

¹⁰ GRINOVER, ADA PELLEGRINI. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 34.

¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 94.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 61, p. 161-191, jan./jun. 2005

Em suma, o devido processo legal, considerado em seu aspecto formal e substancial, controla a forma e a substância do ato, sendo um instrumento do Estado democrático de direito, não permitindo a violação ilegítima dos direitos de qualquer homem sem um processo previamente estabelecido e com possibilidade de ampla participação, e representando a harmonização de todos os demais princípios e garantias, atingindo atos administrativos, legislativos e judiciais.

Por fim, destaca-se a lição de Cintra, Grinover e Dinamarco¹², acerca do princípio do devido processo legal: “o devido processo legal, como princípio constitucional, significa o conjunto de garantias de ordem constitucional, que de um lado asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes de natureza processual e, de outro, legitimam a própria função jurisdicional”.

2.5 Necessidade de se Analisar Proporcionalmente a Efetividade x o Devido Processo Legal

Lançadas brevemente as premissas necessárias à compreensão da dimensão dos princípios da efetividade e do *due process of law* no processo civil brasileiro, cumpre tecer algumas considerações acerca da necessidade de sua aplicação harmoniosa.

Assim, é essencial estabelecer um ponto de convergência entre os princípios da efetividade e do devido processo legal, como direitos fundamentais que são, através da utilização do princípio da proporcionalidade, instituto bastante estudado e utilizado na Alemanha, principalmente nas decisões do Tribunal constitucional germânico, e que passou a ser largamente difundido pela doutrina nacional, bem como pelos tribunais nacionais, notadamente o Supremo Tribunal Federal, apesar de não estar expressamente previsto no texto constitucional.

Para uma maior compreensão do tema, é importante consignar na esteira do pensamento de Dworkin e Canotilho, que os princípios são espécies do gênero norma jurídica, assim como as regras, diferenciando-se estas daqueles pelo nível de detalhamento ao regular determinadas situações, bem como pela forma de aplicação aos casos concretos submetidos a apreciação do poder judiciário, reafirmando que, enquanto as regras são aplicadas segundo uma juízo de exclusão uma das outras, os princípios devem ser sopesados para que a opção por uma não retire absolutamente a aplicação do outro, devendo se empreender esforços no sentido de conservar o núcleo essencial de todos os princípios envolvidos no caso concreto.

Sobre a definição de princípios, cita-se Celso Antônio Bandeira de Mello¹³:

¹² ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 56.

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 230.

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Então, o princípio da efetividade e o princípio do devido processo legal, como direitos fundamentais, em face da carga axiológica neles inseridas, limitam-se reciprocamente, ou seja, ora um prevalecerá em detrimento do outro, ora ocorrerá o contrário.

Assim, tem-se que o princípio da efetividade e o princípio do devido processo legal, não são absolutos, tendo em vista que se limitam entre si, de forma que podem ser limitados pelo legislador infraconstitucional e pelo aplicador do direito, desde que a limitação seja para preservar um outro direito fundamental.

Consigna-se que na colisão de direitos fundamentais, o legislador poderá, desde que o faça com base no princípio da proporcionalidade, limitar um direito fundamental, visando dar maior efetividade a outro direito fundamental, entretanto, o núcleo essencial do princípio limitado não poderá ser atingido.

Nessa esteira, deve-se ter em mente que as normas legais criadas nas últimas duas décadas e que visam dar maior efetividade ao processo, entre elas os arts. 273, 461 e 461A do CPC, foram com certeza criadas com base no princípio da proporcionalidade e com o intuito de harmonizar a efetividade e o devido processo legal, e não com o intuito de sobrestar-lo.

Ante tudo que já foi sumariamente exposto no estudo, não se pode admitir que em nome da efetividade do processo, por exemplo, seja afastado o contraditório e a ampla defesa, ou até mesmo a motivação das decisões, pois ao magistrado cumpre aplicar os supracitados dispositivos legais baseado no implemento das condições neles previstas e alicerçado no devido processo legal.

No caso do art. 273, o juiz deverá indicar de modo claro e explícito as razões de seu convencimento, havendo previsão expressa de: 1) necessidade de prova inequívoca; 2) verossimilhança da alegação; 3) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. Já no caso do art. 461, a lei prevê a concessão liminar da tutela desde que seja relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final.

Em ambas as hipóteses de concessão de liminar aqui registradas há necessidade de demonstração, ainda que sumária, do direito do autor e de fundamentação da decisão que defere a liminar.

Nesta linha, o espírito do legislador ao editar as leis 8.952/94 e 10.444/02 não foi o de dar maior primazia à efetividade em detrimento do devido processo legal, mas sim de coaduná-los a serviço de uma prestação jurisdicional realmente eficaz e de acordo com o procedimento legal, de maneira que ao juiz, que agora dispõe de meios legais para tornar a sua prestação jurisdicional efetiva, cabe aplicar a letra da lei ao caso concreto, mas sem deixar de lado os princípios esculpidos na Constituição Federal e no Código de Processo Civil, que visam o *due process of law*, quais sejam, juiz natural, igualdade, contraditório, publicidade e motivação das decisões.

3 A CRIAÇÃO DOS ARTIGOS 461 E 461A DO C.P.C. E A ADOÇÃO DE MECANISMOS DE COERÇÃO PARA GARANTIR A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

3.1 Tutela Específica e Mecanismos Legais para a Realização da Obrigação. Artigo 461, parágrafos 4º e 5º

Conforme já foi abordado no início deste trabalho, há partir do movimento doutrinário e jurisprudencial pela efetividade no processo acabaram sendo introduzidos no Código de Processo Civil de 1973 alguns dispositivos que visam assegurar o cumprimento das obrigação de fazer, não fazer e de dar, entre eles, os institutos previstos nos artigos 461 e 461A do CPC, os quais foram inseridos pelas Leis 8.952/94 e 10.444/02.

Antes da edição das normas supracitadas, em caso de descumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer, o credor não tinha outra alternativa, senão propor ação ordinária de preceito cominatório, nos termos do artigo 287 do Código de Processo Civil, com o intuito de obter a condenação do requerido ao cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer inadimplida, mediante a imposição na sentença de multa, a qual teria que ser posteriormente executada na forma dos artigos 632 e 645 do mesmo diploma.

Modernamente, com o advento da tutela específica das obrigações de fazer ou não fazer, foram criadas regras importantes em prol da prestação efetiva da tutela jurisdicional, entre as quais: a possibilidade de concessão de medida liminar, a imposição de multa diária para assegurar o cumprimento da medida liminar e da sentença, a fixação de tempo razoável para o cumprimento do preceito, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras, o impedimento de atividade nociva e a requisição de força policial.

As referidas medidas, previstas nos parágrafos 4º e 5º do artigo 461 do C.P.C., podem ser determinadas pelo magistrado independentemente de requerimento da parte autora.

O que se deve ter em mente, é que o instituto da tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e dar, busca garantir, sempre que possível e desejável, a execução específica da obrigação através da obtenção de resultado

idêntico ao que se obteria se esta tivesse sido adimplida de forma espontânea pelo devedor, reservando a conversão da prestação em perdas e danos somente às hipóteses de requerimento pelo autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

Sobre a tutela específica manifesta-se Cândido Rangel Dinamarco¹⁴: “proporciona ao sujeito o próprio bem a que tinha direito”.

Ainda, segundo o sentir de Marinoni¹⁵: “indica que a intenção do legislador foi a de criar uma ação em que o conhecimento e a execução se misturam, e na qual é viável a tutela do direito independentemente do ajuizamento da ação de execução.”

Também colaciona-se o entendimento de Barbosa Moreira¹⁶, segundo o qual: “a tutela específica é o conjunto de remédios e providências tendentes a proporcionar àquele (ou àqueles), em cujo benefício se estabeleceu a obrigação, o preciso resultado prático atingível por meio do adimplemento, isto é, a não violação do direito ou do interesse tutelado.”

Sobre o tema, ainda vale citar Kazuo Watanabe¹⁷:

[...] o legislador deixa claro que, na obtenção da tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer, o que importa, mais do que a conduta do devedor, é o resultado prático assegurado pelo direito. E para a obtenção dele, o juiz deverá determinar todas as providências e medidas legais adequadas ao seu alcance, inclusive, se necessário, a modificação do mundo fático, por ato próprio e de seus auxiliares, para conformá-lo a comando emergente da sentença.

Ainda, é importante colacionar o sentir de Flavio Cheim Jorge e Marcelo Abelha Rodrigues¹⁸, que diferenciam a tutela específica em tutela em sentido estrito e tutela em sentido lato:

Entretanto, os efeitos do adimplemento podem ser alcançados de duas formas: por conduta do próprio obrigado, ou por mecanismos que possam substituir a sua conduta. No primeiro caso, temos a tutela específica no sentido estrito do termo, uma vez que houve inteira identidade entre o resultado do processo e o da obrigação anterior a ele. Já no segundo caso temos o que o dispositivo denominou de resultado prático equivalente.[...] Portanto, não pode ser olvidado que o resultado prático equivalente é forma de tutela específica em sentido lato.

¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, v.1, p. 154.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 77.

¹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. In TEMAS de direito processual: 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 31.

¹⁷ WATANABE, Kazuo et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 524.

¹⁸ JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Tutela específica do art. 461 do CPC e o processo de execução. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; SHIMURA, Sergio (Coord.) **Processo de execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 2, p. 366-367.

Tecida uma noção de tutela específica, cabe, também, analisar sumariamente os mecanismos criados pelo legislador para oportunizar a realização efetiva das obrigações tuteladas pelo artigo 461, do CPC, para tanto cumpre distinguir o procedimento a ser adotado em se tratando de obrigações fungíveis e obrigações infungíveis.

Ao se deparar com a proposição de ação que visa o cumprimento de obrigações fungíveis, o juiz poderá se valer de mecanismos de coerção patrimonial e de mecanismos sub-rogatórios¹⁹, isto porque a prestação pode ser obtida tanto por obra do credor como por obra de terceiro, cabendo ao inadimplente suportar os ônus financeiros da obtenção do resultado prático equivalente ao do cumprimento voluntário da obrigação.

Cabe registrar, que em que pese serem as providências previstas no parágrafo 5º do art. 461 meramente exemplificativas, o que se apreende à sua simples leitura, o poder do magistrado de fixá-las não é ilimitado, não recebendo guarida em nosso sistema legal, a utilização de meios coercitivos pessoais. Nesse sentido preleciona Eduardo Talamini.²⁰

De outra banda, em caso de obrigações infungíveis, ou seja, aquelas que só podem ser prestadas por uma pessoa específica, não se considerando apenas o resultado da prestação, mas sim quem irá realizá-lo, o magistrado só poderá se valer de meios de coerção patrimonial com o objetivo de coagir o devedor a cumpri-las, não sendo possível a adoção de meios sub-rogatórios. Assim, se o demandado, diante da aplicação de multa diária, se abster de cumprir a obrigação só caberá a conversão da obrigação ao pagamento de indenização por perdas e danos, ressalvado o direito de cobrança do valor relativo a *astreintes* fixada.

Sobre o emprego de meios coercitivos patrimoniais e de meios sub-rogatórios, como medidas assecuratórias da prestação efetiva da tutela, exprimi-se Humberto Theodoro Jr.²¹:

A mais enérgica medida para agir sobre o ânimo do devedor, é sem dúvida, a sanção pecuniária, a multa. Esta pode ser cominada tanto no caso das obrigações infungíveis como das obrigações fungíveis, com uma diferença, porém: a) se se tratar de obrigação infungível, não substituirá a prestação devida, porque a *astreinte* não tem caráter indenizatório. Não cumprida a obrigação personalíssima, mesmo com a imposição de multa diária, o devedor afinal ficará sujeito ao pagamento tanto da multa como das perdas e danos; b) se o caso for de obrigação fungível, a multa continuará mantendo seu caráter de medida coercitiva, isto é, meio de forçar a

¹⁹ Vide parágrafos 4º e 5º do art. 461, do C.P.C.

²⁰ vide TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativas aos deveres de fazer e de não fazer**: CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 296-298. "A vedação da prisão civil não impede que o infrator da ordem judicial cometa crime de desobediência e, assim, eventualmente, venha a ser preso segundo as regras do direito penal. O que não se admite é o juiz cível usar a prisão diretamente como expediente de execução civil." Em sentido contrário, vide MARANHÃO, Clayton. Tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer. In: MARINONI, Luiz Guilherme; DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.) **A Segunda etapa da reforma processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 129.

²¹ THEODORO JÚNIOR, Tutela específica...

realização da prestação pelo próprio devedor, mas não excluirá a aplicação dos atos executivos que, afinal, proporcionarão ao credor a exata prestação a que tem direito, com ou sem a colaboração pessoal do inadimplente.

Nesta senda, a realização das obrigações de fazer, não fazer e de dar pela via judicial assegurada no Código de Processo Civil pátrio, tem por objetivo a valorização da tutela específica, ainda quando a obrigação de fazer for infungível.

3.2 Breves Considerações Sobre *Astreintes e Contempt of Court*

A *astreintes* é de origem francesa, sendo uma criação jurisprudencial dos Tribunais da França, em virtude da adoção pelo Código Civil francês do adágio *nemo potest cogi ad factum*, ou seja, pela vedação ao emprego de constrições pessoais nas obrigações de fazer.²²

O instituto nascido nos pretórios franceses foi adotado em diversos países, inclusive no Brasil.

Segundo a lição de Mendonça Lima correspondem: “a uma coação de caráter econômico, no sentido de influírem no ânimo do devedor, psicologicamente, para que cumpra a prestação de que se está esquivando”.²³

Inicialmente foi refutada pela comunidade doutrinária internacional, porque não estava prevista na letra lei, entretanto foi sendo aos poucos acolhida pelos doutrinadores e demais operadores do direito, até que, no Brasil, foi inserida em diploma legal.²⁴

Atualmente, encontra-se enraizada no direito brasileiro no tocante às obrigações de fazer, não fazer e de dar.

O objetivo dessa medida é o de compelir o cumprimento da obrigação determinada pela lei, ou seja, dar efetividade à decisão judicial, e não ao pagamento da multa, razão pela qual muitos doutrinadores defendem que esta deve ser fixada em um patamar elevado, de forma a desestimular o descumprimento da obrigação. Neste sentido posicionam, entre outros, Nelson Nery Jr. e Luiz Guilherme Marinoni.

Já o *contempt of court*, nasceu na Inglaterra, onde há muito tempo vem sendo aplicado com o intuito de coibir atos atentatórios à dignidade da justiça.

Segundo Araken de Assis²⁵:

O poder do *contempt of court*, reconhecido aos órgãos judiciários, nesses países, consiste no meio de coagir à cooperação, ainda que de modo indireto, através da aplicação de sanções às pessoas sujeitas à jurisdição. Pode-se definir o *contempt of court* como

²² A este respeito, nos ensina ARAKEN DE ASSIS, em seu Manual do Processo de Execução, pág.: 545.

²³ LIMA, Alcides de Mendonça. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 8, p. 353.

²⁴ vide arts. 287, 461 e 461A do Código de Processo Civil brasileiro.

²⁵ ASSIS, Araken de. O *contempt of court* no direito brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 28, n. 111, p. 18-37, jul./set. 2003, p. 18-20.

ofensa ao órgão judiciário ou à pessoa do juiz, que recebeu o poder de julgar do povo, comportando-se a parte conforme suas conveniências, sem respeitar a ordem emanada da autoridade judicial.

No Brasil, recentemente foi introduzido pela Lei 10.358/01, o inciso V no art. 14 do Código de Processo Civil, o qual prevê hipótese de violação de dever, e se aproxima do instituto do *contempt of court*.

Cumpra observar, que a *astreintes* e o *contempt of court* são institutos distintos, em que pese visarem dar efetividade à tutela jurisdicional, uma vez que segundo grande parte da doutrina este busca preservar a dignidade da justiça, enquanto aquele pretende coagir psicologicamente o devedor para cumprir a obrigação.

3.3 A Função Técnica da Coerção Patrimonial

A nosso ver, a *astreintes* é um instrumento contratual e judicial para coagir psicologicamente aquele que está obrigado a cumprir uma obrigação e se nega a fazê-lo.

Neste mesmo sentido cita-se Flavio Cheim Jorge E Marcelo Abelha Rodrigues: “a denominada astreinte, inspirada no direito francês e no instituto do *contempt of court* do ordenamento anglo saxão, é forma de coerção psicológica do executado, atuando de forma a pressioná-lo a cumprir a obrigação específica.”.²⁶ Aduzem, estes autores, que Nelson Nery Jr., Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover também comungam do entendimento de que a *astreintes* é uma forma de coerção psicológica do demandado.

Nesta mesma linha, ensina Spadoni²⁷: “representa vigoroso meio coercitivo de caráter patrimonial, destinado a pressionar a vontade do réu para que ele cumpra o mandamento jurisdicional. Através da multa diária, impõe-se ao sujeito passivo a ameaça de ser obrigado a pagar um valor pecuniário, cumulável dia a dia, em caso de recalcitrância no cumprimento da ordem judicial”.

Ainda, de acordo com Humberto Theodoro Jr.²⁸ a multa é um meio de coação:

Além da execução por terceiro, que é objeto próprio do processo de execução, o direito moderno criou a possibilidade de coagir o devedor das obrigações de fazer e não fazer a cumprir as prestações a seu cargo mediante a imposição de multas. Respeitada a intangibilidade corporal do devedor, criam-se, dessa forma, forças morais e econômicas de coação para convencer o inadimplente a realizar pessoalmente a prestação pactuada.

²⁶ JORGE; RODRIGUES, Tutela específica..., p. 371.

²⁷ SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória**: a ação preventiva Prevista no art. 461 do CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, n. 7.3.1, p.166.

²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de execução**. 21. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2002, p. 259.

Sobre o caráter de coação da multa cominatória, cita-se a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça²⁹:

Trata-se de empresa condenada a se abster da prática de atos considerados como concorrência desleal, pois havia pacto de abstenção de concorrência por cinco anos e, ainda, multa diária por eventual desobediência. Mas o Tribunal a quo, ao reduzir o quantum da multa, fixou-a a partir da data da citação, por aplicação do art. 645 do CPC. Prosseguindo o julgamento, a Turma proveu o recurso ao fundamento de que essa multa não possui caráter compensatório, mas cominatório, o que atrai a incidência do art. 287 do CPC, o qual identifica o termo inicial de incidência da multa à data do descumprimento da sentença ou decisão proferida em tutela antecipada. Ressaltou-se que a multa cominatória tem como objetivo coagir o devedor ao cumprimento da obrigação de não fazer reconhecida em sentença ou tutela antecipada; não busca ressarcir o credor pelos danos sofridos. Para esses cabe a condenação em danos materiais como, no caso, requerido e concedido.

Logo, lastreando-se no entendimento dos abalizados doutrinadores supracitados, não se pode chegar a conclusão que seja diversa do entendimento de que a função técnica da multa cominatória (*astreintes*) é a de coagir psicologicamente o inadimplente a cumprir a obrigação a que está obrigado em virtude de contrato, lei ou decisão judicial.

3.4 A Titularidade da Multa Prevista no Art. 461 do C.P.C.

Uma questão que merece concisos apontamentos, em que pese já haja consolidada posição doutrinária e jurisprudencial a respeito, é a titularidade da multa prevista no parágrafo 4º. do art. 461 do Código de Processo Civil.

No Brasil, o entendimento que predomina entre os operadores do direito é que a *astreintes* deverá reverter em favor do autor da demanda.

Entretanto, em que pese os notáveis autores que se manifestam nesse sentido, entende-se que a multa, na esteira do direito alemão, deveria reverter ao Estado, uma vez que, segundo a doutrina dominante, não tem finalidade de ressarcimento do autor da demanda, mas sim de coibir o descumprimento da obrigação.

Na forma como está prevista no diploma processual, a *astreintes* configura um instrumento de apoio para que o judiciário possa forçar o cumprimento da obrigação, visa preservar as decisões judiciais, bem como assegurar a sua efetividade.

Deve-se frisar, que a multa não é de nenhuma forma um instrumento de ressarcimento, tanto que o art. 461 do CPC prevê a possibilidade de conversão

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 351.474-SP. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros julgado em 23 mar. 2004. **Informativo do STJ**, n. 203-204.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 61, p. 161-191, jan./jun. 2005

do cumprimento da obrigação ao pagamento de indenização por perdas e danos.

Por esse motivo, não está jungida ao direito subjetivo da parte, o qual deve ficar limitado ao cumprimento da obrigação ou ao resultado equivalente, e em último caso ao pagamento de indenização por perdas e danos.

Aduz Barbosa Moreira³⁰ ao comentar a titularidade da multa prevista segundo a antiga redação do art. 644: “já que ela não tem caráter ressarcitório, mas visa assegurar a eficácia prática da condenação, constante de ato judicial, não parece razoável que o produto da aplicação seja entregue ao credor, em vez de ser recolhido aos cofres públicos.”

No mesmo sentido, transcreve-se o sentir de Clayton Maranhão³¹:

Por fim, uma última palavra relativamente à dupla função da multa cominatória: a primeira delas sobretudo ligada à efetividade da jurisdição, como procuramos demonstrar ao longo deste trabalho, e a segunda, não menos importante, como técnica de coerção da vontade do obrigado.

Mas, se a função primeira da multa é garantir o respeito às ordens emanadas do Poder Judiciário, evidente que o descumprimento do obrigado não deve ensejar que o produto da execução paralela da multa deva reverter para o credor. Aliás, penso, este é um dos motivos pelos quais a multa não tem sido levada a sério pela jurisprudência. Mas, se o produto reverte para o Estado, através de um fundo, por exemplo, o argumento do enriquecimento indevido do credor, que já era utilizado nas origens da astreinte, será um obstáculo a menos para a efetividade da tutela das prestações de fazer e de não fazer materialmente infungíveis.

Ora, ao se admitir que o autor receba o valor relativo a *astreinte* se está albergando, caso o demandado também seja condenado ao pagamento de indenização por perdas e danos, a dupla indenização ao credor.

Ademais, se a multa pequena nenhum efeito produz, sendo necessária fixá-la em patamar suficientemente alto para coagir o devedor, chegar-se-á a situação em que o credor irá preferir o maior atraso possível no cumprimento da obrigação, com a finalidade de obter a maior prestação pecuniária.

Sobre o enriquecimento sem causa do credor da obrigação destaca-se a posição de Marcos Bittencourt Fowler³²:

O beneficiário da multa no Direito Brasileiro é o credor, dentro da concepção de que é o maior prejudicado com a atitude do devedor. Todavia, como visto acima, assim não deveria ser, já que se destina a tornar efetivos os pronunciamentos judiciais e pode provocar o

³⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil brasileiro: uma apresentação. In TEMAS de direito processual civil: 5ª série. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 14.

³¹ MARANHÃO, Tutela específica..., p. 132.

³² FOWLER, Marcos Bittencourt. A (Re)reforma do Art. 461 do código de processo civil: a multa e seus problemas. In: MARINONI, Luiz Guilherme; DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.) **A Segunda etapa da reforma processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 202-203.

enriquecimento sem causa do beneficiário.

Como nenhuma razão dá suporte resistente a essa solução, muitas vezes são geradas confusões entre o conteúdo específico da obrigação, a conversão do seu montante em perdas e danos e a multa fixada para o desatendimento da ordem judicial. A possibilidade de cumulação desses valores pode originar somas exorbitantes, as quais nada fez por merecer o credor. Apenas o recebimento tardio não tem o condão de justificar esse benefício.

Assim, o entendimento que hoje predomina não se mostra coerente com a norma estatuída no parágrafo 4º. do art. 461, até mesmo porque esta pode ser imputada ao devedor de ofício pelo magistrado, o que reforça o seu caráter de instrumento de coerção para o cumprimento da obrigação.

Também Marcelo Lima Guerra³³, em sua obra *Execução Indireta*, manifesta-se no sentido de que a multa deve reverter em favor do Estado.

Ainda, Juvêncio Vasconcelos Viana³⁴, afirma que:

Consideradas a natureza não ressarcitória e a finalidade da multa como medida moralizante e assecuratória do cumprimento das ordens da Corte, extrai-se que tal conclusão soa incoerente. A multa deveria ir, portanto, para a pessoa jurídica de Direito Público à qual pertença o órgão judicial que fixou e aplicou a multa diária e que teve sua determinação descumprida.

Consigna-se que no direito alemão a multa é atribuída integralmente ao Estado; em consonância com o entendimento aqui esposado, já em Portugal e na França a multa é dividida entre o credor e o Estado, enquanto na Argentina é destinada somente ao credor³⁵.

Aliás, no Brasil temos o caso da multa prevista no art. 14, parágrafo único, do C.P.C. que tem por objetivo punir os atos atentatórios ao exercício da jurisdição e que reverte, segundo previsão legal, em favor do Estado.

Na mesma linha, até mesmo por analogia ao diploma supracitado, a *astreintes* prevista no art. 461 do CPC deve reverter em favor da pessoa jurídica de Direito Público à qual pertença o órgão judicial que a fixou, uma vez que são um instrumento legal colocado a disposição do juiz, pelo legislador, a fim de que seja assegurada a efetiva prestação jurisdicional.

Neste caso, deve-se ainda considerar que a aplicação de multa a mesma pessoa jurídica a qual integra o Magistrado, acabaria por conduzir ao instituto da confusão previsto no art. 381 do novo Código Civil, ou seja, a Fazenda seria ao mesmo tempo credora e devedora da multa. Tal fato, ao nosso ver, parece reforçar a inaplicabilidade da multa contra a Fazenda Pública.

³³ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

³⁴ VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Tutela específica. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, v. 3, p. 35-48, 2003, p. 43

³⁵ vide FOWLER, A (re)reforma..., p. 203.

4 APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO PARÁGRAFO 4º. DO ARTIGO 461 DO C.P.C. CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

4.1 Posição da Doutrina e da Jurisprudência Pátria Acerca do Tema

Atualmente no Brasil, grande parte da doutrina e da jurisprudência defende a aplicação da multa prevista no parágrafo 4º. do art. 461 do CPC contra a Fazenda Pública.

Entre os doutrinadores que sustentam a sua incidência podemos citar, por exemplo, Luiz Guilherme Marinoni.

Quanto aos Tribunais brasileiros, é oportuno lembrar que o Superior Tribunal de Justiça já firmou posicionamento no sentido da viabilidade da fixação da astreintes contra a Fazenda, cita-se as seguintes decisões:

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO JUDICIAL. PAGAMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. INADIMPLENTO. FAZENDA PÚBLICA. MULTA. CABIMENTO.

A Terceira Seção desta Corte Superior tem entendido que é possível ao Juízo da execução, ex officio ou a requerimento da parte, fixar multa cominatória (astreintes) contra a Fazenda Pública, em caso de inadimplemento de obrigação de fazer, resultante de pagamento de benefício previdenciário.

*Recurso provido.*³⁶

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. ASTREINTES. POSSIBILIDADE.

O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode fixar as denominadas astreintes contra a Fazenda Pública, com o objetivo de forçá-la ao adimplemento da obrigação de fazer no prazo estipulado. Precedentes.

*Agravo Regimental a que se nega provimento.*³⁷

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. ASTREINTES. POSSIBILIDADE.

Não se conhece do recurso especial quanto a questões carentes de prequestionamento.

Em conformidade com o entendimento assentado em ambas as Turmas da Terceira Seção desta col. Corte de Justiça, o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode fixar as denominadas astreintes contra a Fazenda Pública, com o

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 537269/RS (2003/0035648-6). Relator: Min. Felix Fischer. j. 16 set. 2003. unânime. **DJU** 28 out. 2003.

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 554776/SP (2003/0044895-0) Relator: Min. Paulo Medina. j. 16 set. 2003. unânime. **DJU** 06 out. 2003, p. 350.

objetivo de forçá-la ao adimplemento da obrigação de fazer no prazo estipulado.

*Agravo regimental a que se nega provimento.*³⁸

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PAGAMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. INADIMPLEMENTO. MULTA. FAZENDA PÚBLICA. CABIMENTO. ENTENDIMENTO PACÍFICO DAS TURMAS INTEGRANTES DA 3ª SEÇÃO DESTA CORTE.

É entendimento pacífico das Turmas integrantes da Terceira Seção desta Corte Superior ser possível ao Juízo da execução, ex officio ou a requerimento da parte, fixar multa cominatória (astreintes) contra a Fazenda Pública, em caso de inadimplemento de obrigação de fazer resultante de pagamento de benefício previdenciário. Agravo regimental desprovido.

Decisão:

Acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezini e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.³⁹

No mesmo sentido, são inúmeras as decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, in verbis:

DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO QUE VISA AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS CONTRA O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. POSSIBILIDADE.

Não há presentemente nenhum óbice na legislação ao deferimento de astreintes para obrigar a Fazenda Pública ao cumprimento de liminar legitimamente concedida. Exegese do art. 461, §§ 4º e 5º, do Código de Processo Civil. O princípio do precatório foi abrandado para os débitos de pequeno valor pela EC nº 37/02, não podendo mais ser esgrimido para evitar o cumprimento de liminares concedidas pelo Poder Judiciário, especialmente quando lançadas para a proteção da vida e saúde. A multa diária deve estar em consonância com parâmetros seguros. Seu valor que deve ficar em conta judicial, no caso de se tornar devida, para primeiro satisfazer o bem da vida que ao Judiciário incumbe entregar. Só depois deve reverter em favor de fundo municipal de proteção da infância e adolescência. Agravo parcialmente provido.⁴⁰

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 476719/RS (2002/0127427-6). Relator: Min. Paulo Medina. j. 13 maio 2003. Unânime. **DJU** 09 jun. 2003, p. 318.

Relator: Min. Paulo Medina. j. 13 maio 2003. Unânime. **DJU** 09 jun. 2003, p. 318.

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 440686/RS (2002/0070099-9) Relator: Min. Felix Fischer. j. 07 nov. 2002. **DJU** 16 dez. 2002, p. 378.

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70006255103. Cruz Alta. Relator: Des. Nelson Antônio Monteiro Pacheco. j. 12 jun. 2003.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. DIREITO À SAÚDE. MULTA DIÁRIA. POSSIBILIDADE.

I - PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO POR FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. Desnecessidade de formulação de pedido de fornecimento da medicação na via administrativa. É constitucionalmente assegurado o acesso ao pleito judicial (artigo 5º, XXXV, da CF/88), não podendo a ausência de cumprimento de formalidade burocrática ser óbice ao exercício deste direito.

II - MÉRITO. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. RESPONSABILIDADE PELO FORNECIMENTO DA MEDICAÇÃO. Aos entes da federação cabe o dever de fornecer gratuitamente tratamento médico a pacientes necessitados, inteligência dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal. III - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. VEDAÇÃO DA LEI Nº 9.404/97 AFASTADA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A existência de disposição expressa no art. 1º da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, vedando a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, não é aplicável quando a cognição exauriente antes da concessão da tutela põe em perigo a vida ou a integridade física da parte postulante e, conseqüentemente, coloca em risco a própria efetividade da jurisdição. Caso em que, entre a tutela do direito da autora à saúde e a tutela dos meramente pecuniários da Fazenda Pública, opta-se pela primeira, com arrimo nos princípios axiológicos insculpidos da Constituição Federal.

IV - MULTA DIÁRIA. MINORAÇÃO DO VALOR ARBITRADO. O Código de Processo Civil dá respaldo legal à cominação de astreinte (artigos 287 e 461), silenciando quanto a eventual impedimento de fixação de multa à Fazenda Pública. Hipótese em que a fixação da multa diária em R\$ 3.000,00 mostra-se exorbitante. Aplicação da penalidade de R\$ 120,00 que não dissona do parâmetro que vem sendo adotado pela Câmara em casos similares. Agravo de instrumento parcialmente provido de plano.⁴¹

Já no sentido da impossibilidade de aplicação da multa contra a Fazenda, são poucos os autores que se manifestam, entre eles registra-se a opinião de Antônio Carlos Villem⁴²:

Vale consignar ainda, que a utilização desses meios coercitivos contra a Fazenda Pública atentaria mesmo contra a moralidade administrativa. De um lado, impossibilitaria, ou, no mínimo,

⁴¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70008397721. Relatora: Des. Matilde Chabar Maia. j. 29 mar. 2004, decisão monocrática. No mesmo sentido, ver as seguintes decisões do RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal - 4ª. Região. Apelação Cível nº 529702/RS (200071070028623), Relator: Paulo Afonso Brum Vaz. j. 09 set. 2003, unânime. **DJU** 01 out. 2003 e RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal - 4ª. Região. Agravo de Instrumento nº 93156/RS (200104010805118). Relator: Juiz Paulo Afonso Brum Vaz. j. 04 abr. 2002. **DJU** 17 abr. 2002, p. 1139.

⁴² VILEM, Antônio Carlos. Ação de preceito cominatório e fazenda pública. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 86, p. 153-155, abr./jun. 1998, p. 155.

dificultaria ainda mais a aplicação de medidas tendentes à responsabilização do funcionário e, principalmente, da intervenção prevista na Constituição Federal. De outro lado, ainda que este seja um argumento metajurídico, nem por isso deve ser ignorado; a utilização desses meios coercitivos fatalmente não surtiria eficácia prática contra o mau administrador, pois a sanção pecuniária não atingiria, em princípio, seu patrimônio, mas o patrimônio público.

Em sede jurisprudencial, destaca-se os acórdãos de lavra dos Desembargadores Araken de Assis, Ângela Maria Silveira e Vasco Della Giustina, todos integrantes da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça Gaúcho, nos quais é defendida a impossibilidade de fixação da multa contra a Fazenda Pública por ausência de coação.⁴³

4.2 A Ausência de Razoabilidade do Meio Coercitivo na Aplicação da Multa Contra a Fazenda Pública, em Face da Inexistência de Pressão Psicológica

No capítulo anterior, verificou-se que a função técnica da *astreintes* é a coerção do devedor através de pressão psicológica para que cumpra a obrigação devida, assegurando a efetividade do provimento judicial.

Entretanto, o que os juriconsultos que defendem a aplicação da *astreintes* contra a Fazenda Pública insistem em ignorar é que a aplicação da multa em face desta não exerce pressão psicológica.

É de se notar, que no caso da Fazenda Pública, contra a qual as multas diárias são em geral bastante elevadas, a coerção patrimonial não tinge pessoalmente a ninguém, uma vez que o seu ônus é suportado pelo erário público.

Desta forma, resta descaracterizada a natureza da multa, pois, repisa-se, a *astreintes* acaba por atingir à sociedade, a qual sustenta os cofres públicos, não havendo a atuação psicológica sobre o demandado.

A atuação psicológica indireta que pode haver é contra o administrador público que teoricamente tem poderes para implementar o preceito judicial, mas não se pode olvidar que, ainda que este deseje cumpri-lo, muitas vezes acaba por esbarrar em óbices como a necessidade de licitação, falta de recursos ou inexistência do bem pleiteado. Nesses casos, que não são raros no âmbito do Poder Executivo, a multa acaba incidindo por um longo período e tornando-se infinitamente superior ao valor da obrigação.

Registra-se ainda, que infelizmente existem casos esparsos nos quais os agentes públicos que tem poder para cumprir as normas simplesmente deixam de cumpri-las, sem que haja qualquer um dos obstáculos referidos, nestes casos

⁴³ Vide RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70006406466. Relator: Des. Vasco Della Giustina. j. 03 set. 2003. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70006790505. Relatora: Dr. Ângela Maria Silveira. j. 01 out. 2003. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo Interno nº 70007336902. Relator: Dr. Araken de Assis. j. 26 nov. 2003.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 61, p. 161-191, jan./jun. 2005

entende-se ser cabível, a responsabilização pessoal do agente que deixa de cumprir a decisão judicial por dolo, negligência ou má-fé, nos termos do art. 14, inciso V e parágrafo único do Código de Processo Civil. Entretanto, nos demais casos, em que de fato o implemento da decisão independe da simples vontade do administrador, não se pode comungar de posições no sentido de responsabilizá-lo pessoalmente.

Voltando ao aspecto psicológico da multa, cita-se Eduardo Talamini⁴⁴, o qual entende que: “esse aspecto psicológico não serve de argumento para eximir os entes estatais do regime da coerção processual patrimonial. Condutas daquela ordem devem ser combatidas através dos instrumentos de controle da Administração Pública (auditoria interna, tribunal de contas, medidas judiciais, como a ação popular e a ação civil pública, etc.)”.

Tal entendimento, encontra eco na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que vem acolhendo a fixação de *astreintes* contra a Fazenda Pública, conforme já foi abordado no tópico anterior deste trabalho.

Não obstante, insisti-se, em que pese as louváveis opiniões em contrário, que a multa contra a Fazenda Pública não lhe coage de forma alguma, sendo ineficaz e onerando a sociedade.

Nesse sentido, colaciona-se parte do voto proferido por Araken de Assis, doutrinador e Desembargador do Tribunal de Justiça Gaúcho, no já citado agravo interno 70007336902 de 2003:

Em princípio aplica-se às pessoas jurídicas de direito público a disciplina do art. 461 do Código de Processo Civil. Mas, há que atentar para a razoabilidade no uso dos meios coercitivos, pois a Administração, jungida à legalidade, nem sempre exhibe condições de atender, prontamente, as chamadas ‘prestações positivas’ resultantes de comandos constitucionais. E ainda há que se considerar que, por lastimável deficiência do ordenamento jurídico pátrio, a multa grava o Erário, jamais o agente político ou o servidor com competência para praticar o ato, pessoalmente, o que, no fundo, a torna inócua. A função técnica de coerção patrimonial é pressionar, psicologicamente, quem pode cumprir a ordem judicial, ameaçando-lhe com sanção pecuniária, objetivo frustrado pela impossibilidade de atingir aquelas pessoas. No caso, avulta a inexistência de recusa em cumprir a ordem judicial.

Na mesma linha, é a opinião de Vicente Greco Filho, segundo nos ensina Juvêncio Vasconcelos Viana em seu livro *Efetividade do Processo em Face da Fazenda Pública*.⁴⁵

⁴⁴ TALAMINI, Tutela relativa..., p. 242

⁴⁵ VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da fazenda pública**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 266.

4.3 A Ausência de Efetividade da Astreintes em Desfavor da Fazenda Pública

O problema da fixação da *astreintes* contra a Fazenda Pública torna-se ainda mais complexo quando se passa a analisá-lo em face da efetividade da aplicação da multa.

Ainda que a doutrina e a jurisprudência pátria insistam em não considerar a ausência de coerção da multa quando o demandado é a Fazenda, outras questões que são peculiares ao caso e tornam a multa ineficaz não podem passar em branco.

Por primeiro, deve-se consignar, respeitadas as opiniões divergentes, que a *astreintes* só pode ser executadas após o trânsito em julgado da sentença.

Nessa esteira, manifestam-se Cândido Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover.⁴⁶

Entre os autores que divergem, pode-se citar Eduardo Talamini, que entende que se a multa foi fixada em sede de antecipação de tutela poderá ser executada provisoriamente, sem necessidade de trânsito em julgado da sentença.⁴⁷

De outra banda, em se tratando especificamente de execução contra a Fazenda Pública, por força do disposto nos parágrafos 1º., 1º.A e 3º. do artigo 100 da Constituição Federal, é inafastável o requisito do trânsito em julgado da sentença, para que possa haver o pagamento da multa.

Araken de Assis⁴⁸, mencionando decisão da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça que admite a execução provisória contra a Fazenda, adverte: “no entanto, a execução provisória contra a Fazenda Pública observará um limite ulterior assaz relevante: o levantamento do dinheiro dependerá do trânsito em julgado do título, conforme se percebe na leitura da parte final do §1º-A do art. 100 da CF/88, por sem dúvida aplicável aos créditos que não pertencem à privilegiada classe alimentar.”

Desta forma, como atenta Marcos Maselli Gouvêa⁴⁹, atrelada a cobrança da multa ao trânsito em julgado da sentença, o seu impacto financeiro provavelmente não será sentido pelo atual governante, mas sim pelo sucessor, o que provavelmente o levará a não cumprir a determinação judicial, pois o pagamento da multa não será um ônus do seu mandato⁵⁰.

De outra banda, mesmo que seja refutado pelos defensores do emprego da *astreintes* contra a Fazenda o argumento da obrigatoriedade do trânsito em

⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do CPC**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, n. 115, p. 158; GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 20, n. 79, p. jul./set. 1995, p. 65/76.

⁴⁷ TALAMINI, Tutela relativa..., p. 254.

⁴⁸ ASSIS, Araken. **Manual do processo de execução**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 883.

⁴⁹ GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 370, p. 105/134, 2003, p. 124-125.

⁵⁰ Neste sentido ver também a manifestação de ASSIS, Araken de. Execução na ação civil pública. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 82, p. abr./jun. 1996, p. 42-52.

julgado da sentença, com certeza a necessidade de expedição de precatório para o seu pagamento, ressalvados os casos em que se trate de pequeno valor, afeta a efetividade da medida.

Eduardo Talamini, ensina, como não poderia deixar de ser, que a astreintes deve ser executada nos moldes do art. 730 do CPC, ou seja, o pagamento será através de precatório, salvo os casos de pequeno valor.⁵¹

Nesta linha, preleciona Humberto Theodoro Jr.: “mesmo quando o devedor só esteja incurso na multa estipulada em antecipação de tutela, não há na cobrança urgência para o credor capaz de justificar o afastamento do rito normal da execução por quantia certa.”⁵²

Não se pode olvidar, que o instituto do precatório foi criado para evitar privilégios entre os credores do Estado, desta forma não seria lógico que os credores da multa prevista no art. 461 do CPC recebessem seus créditos antes daqueles que aguardam na fila do precatório.

Note-se, que o pagamento da multa através de precatório que pode ser parcelado em até dez anos, fulmina totalmente a efetividade do meio empregado para assegurar o cumprimento da obrigação, e, conforme já foi visto no primeiro capítulo do presente, os artigos 461 e 461A do CPC foram criados justamente com o escopo de dar maior efetividade às decisões judiciais.

4.4 A Aplicação da Multa Contra a Fazenda Pública e a Necessidade de Fundamentação das Decisões Judiciais. O art. 93, IX, da CF/88 e o Art. 165 do C.P.C.

De acordo com os ensinamento de Barbosa Moreira⁵³:

Registra a história do direito precedentes antigos de decisões judiciais que precisavam ou costumavam ser motivadas. A partir da segunda metade do século XVIII, porém, é que se começou a generalizar, nas legislações ocidentais, a exigência feita aos juizes de declarar, em seus pronunciamentos decisórios, as razões em que se baseavam – imposição em regra qualificada pelo requisito da publicidade. Consagrou-a a Revolução Francesa, primeiro no art. 15, Tit. V, da Lei de Organização Judiciária de 1790, e depois no art. 208 da Constituição do ano III. Na mesma época adotou-a na Prússia a Allgemeine Gerichtsordnung de 1793, ao passo que na península itálica a inovação se vira introduzida por anteriores reformas, em Nápoles (1774) e no Principado de Trento (1788). A obrigatoriedade da motivação constituiria traço comum a quase todas as grandes codificações processuais do século XIX. [...] À mesma orientação vêm-se mantendo fiéis os legisladores processuais civis na atual centúria: para apenas recordarmos alguns

⁵¹ TALAMINI, **Tutela relativa...**, p.256.

⁵² THEODORO JÚNIOR, Tutela específica...

⁵³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. In: TEMAS de direito processual: 2ª série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 83.

dos mais importantes códigos surgidos nos últimos quarenta anos, vejamos o novo estatuto italiano de 1940 (art. 132), o português de 1967 (art. 659), o belga de 1967 (art. 780), o argentino de 1970 (arts. 34, 161, 163), o francês de 1975 (art. 455).

Ainda segundo o autor, no Brasil a obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais “tem fundas raízes na tradição luso brasileira”⁵⁴, estando expressa no Código Filipino e ficando sujeito ao pagamento de multa o magistrado que não observasse este preceito.

No Brasil, modernamente, em virtude do disposto nos arts. 131, 165 e 458, II, do CPC e no art. 93, IX, da Carta Magna, as decisões judiciais devem ser motivadas, inclusive quando estejam adstritas a temas de cunho processual.

Tradicionalmente, o dever dos magistrados de fundamentar as decisões alicerçava-se na necessidade de racionalização da atividade jurisdicional, tendo um aspecto técnico, segundo o qual a motivação é necessária para a correta interpretação do julgado, para a limitação da *res iudicata*, para desestimular a interposição de recursos e para possibilitar que as partes recorram adequadamente e os Tribunais possam controlar a justiça e a legalidade das decisões ao apreciarem os recursos.⁵⁵

Atualmente, entretanto, uma visão mais hodierna da exigência de fundamentação, até mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988, lhe dá um enfoque de princípio fundamental, nesse sentido pede-se vênias para mais uma vez citar Barbosa Moreira⁵⁶ “nesse contexto, avulta a idéia de garantia como inspiração básica e fim precípua da imposição do dever de enunciar, publicamente, as razões justificativas da decisão proferida”.

Em suma, a motivação das decisões judiciais é indispensável para que se tenha o devido processo legal, uma vez que através dela será possível se aferir a imparcialidade do juiz, a legalidade da decisão, e se esta limitou-se a conhecer as questões suscitadas pelas partes.

Enfim, a fundamentação é uma garantia inerente ao Estado de Direito, é também, uma forma de assegurar a prestação efetiva da tutela jurisdicional, pois possibilitará que os jurisdicionados verifiquem se o magistrado ao decidir a causa ponderou todas as teses apresentadas.

Através da fundamentação da decisão judicial, poderá haver o controle interno e externo da razoabilidade do ato, isto é, se o motivo apresentado é razoável, conveniente e legítimo.

Da exigência de fundamentar a decisão, o que decorre do aspecto formal do princípio do devido processo legal, é que sobrevém o aspecto material, ou seja, uma motivação factível, razoável, verdadeira.

Nessa linha, e considerando-se que a aplicação da *astreintes* contra a Fazenda Pública não exerce coerção psicológica e se afigura sem efetividade,

⁵⁴ BARBOSA MOREIRA, Motivação das decisões..., p. 85.

⁵⁵ Ibidem, p. 86.

⁵⁶ Ibidem, p. 87.

em razão da necessidade do trânsito em julgado da sentença para sua execução e da via do precatório, parece ser carecedora de fundamentação a decisão que fixa a pena pecuniária contra a Fazenda.

5 CONCLUSÕES

O problema da efetividade da prestação jurisdicional reclama sem sombra de dúvidas a criação de normas que conduzam ao cumprimento das decisões judiciais.

Entretanto, não se pode dar guarida, sob o manto da efetividade, à decisões judiciais que não se coadunem com o devido processo legal.

Os limites à decisão judicial são aqueles próprios da atividade judicial, ou seja, através de argumentação jurídica, limitada por princípios, cabendo ao magistrado o ônus de demonstrar o acerto de sua interpretação da legislação atinente à matéria.

Assim, restando demonstrada a ausência de pressão psicológica na aplicação da multa contra a Fazenda Pública, bem como a ausência de efetividade da medida em virtude da necessária execução após o trânsito em julgado da sentença e da submissão ao sistema do precatório, ofende o *due process of law* a decisão judiciária que lhe comina a multa prevista no art. 461 do CPC, por não haver elementos capazes de dar suporte a sua motivação.

Por outro lado, a questão da definição da titularidade da multa prevista no referido artigo, a qual não está prevista no texto legal, também é de suma importância, uma vez que no nosso sentir deve pertencer a pessoa jurídica de direito público a que pertença o órgão judicial que a fixou, de forma que caso este pertencesse a mesma pessoa jurídica que foi condenada ao pagamento da multa, haveria confusão entre o credor e o devedor, nos termos do art. 381 do novo Código Civil.

Então, o que deve ser feito para garantir o cumprimento das decisões judiciais quando é parte a Fazenda Pública? Entende-se que este fim só pode ser buscado através da aplicação da multa prevista no art. 14, parágrafo único do Código de Processo Civil, por ofensa ao inciso V do citado artigo, ou seja, com a aplicação da multa contra o agente administrativo com efetivos poderes para dar cumprimento à ordem. Porém, ressalva-se que só se pode coadunar com a aplicação da multa contra o administrador nos casos em que este agir com dolo ou má-fé.

REFERÊNCIAS

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova, **Poder judiciário**: do moderno ao contemporâneo. Porto Alegre: Fabris, 1998.

RPG, Porto Alegre, v. 29, n. 61, p. 161-191, jan./jun. 2005

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

ARRUDA ALVIM, Eduardo (Coord.). **Inovações sobre o direito processual civil**: tutelas de urgência. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ASSIS, Araken de. O *contempt of court* no direito brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 28, n. 111, p. 18-37, jul./set. 2003.

_____. Execução na ação civil pública. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 82, p. abr./jun. 1996, p. 42-52.

_____. **Manual do processo de execução**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. In: *TEMAS de direito processual*: 2ª série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. O processo civil brasileiro: uma apresentação. In *TEMAS de direito processual civil*: 5ª série. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. In *TEMAS de direito processual*: 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. **Temas de direito processual civil**: 6ª. Série. São Paulo: Saraiva, 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70006255103. Cruz Alta. Relator: Des. Nelson Antônio Monteiro Pacheco. j. 12 jun. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 476719/RS (2002/0127427-6). Relator: Min. Paulo Medina. j. 13 maio 2003. Unânime. **DJU** 09 jun. 2003, p. 318.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 554776/SP (2003/0044895-0) Relator: Min. Paulo Medina. j. 16 set. 2003. unânime. **DJU** 06 out. 2003, p. 350.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 61, p. 161-191, jan./jun. 2005

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 440686/RS (2002/0070099-9) Relator: Min. Felix Fischer. j. 07 nov. 2002. **DJU** 16 dez. 2002, p. 378.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 537269/RS (2003/0035648-6). Relator: Min. Felix Fischer. j. 16 set. 2003. unânime. **DJU** 28 out. 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. 4 v.

_____. **A reforma do CPC**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

FOWLER, Marcos Bittencourt. A (Re)reforma do Art. 461 do código de processo civil: a multa e seus problemas. In: MARINONI, Luiz Guilherme; DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.) **A Segunda etapa da reforma processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001.

GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 370, p. 105/134, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

_____. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 20, n. 79, p. jul./set. 1995, p. 42-52.

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Tutela específica do art. 461 do CPC e o processo de execução. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; SHIMURA, Sergio (Coord.) **Processo de execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 2.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Rio de Janeiro: Perspectiva. 1988.

LIMA, Alcides de Mendonça.: **ENCICLOPÉDIA Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 8.

MARANHÃO, Clayton. Tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer. In: MARINONI, Luiz Guilherme; DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.) **A Segunda etapa da reforma processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 30 out. 2004.

_____. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **Tutela específica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MITIDIERO, Daniel Francisco; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Introdução ao estudo do processo civil**: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Fabris, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. **Código de processo civil comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Efetividade e processo de conhecimento. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 16, p. 7-19, 1999, p. 7

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 8, t. 2.

PORTO, Mário Moacyr. *Astreinte*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 394, p. 29-33, ago.1968.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70008397721. Relatora: Des. Matilde Chabar Maia. j. 29 mar. 2004, decisão monocrática.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70006406466. Relator: Des. Vasco Della Giustina. j. 03 set. 2003.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 61, p. 161-191, jan./jun. 2005

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70006790505. Relatora: Dr. Ângela Maria Silveira. j. 01 out. 2003. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo Interno nº 70007336902. Relator: Araken de Assis. j. 26 nov. 2003.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal - 4ª. Região. Agravo de Instrumento nº 93156/RS (200104010805118). Relator: Juiz Paulo Afonso Brum Vaz. j. 04 abr. 2002. **DJU** 17 abr. 2002, p. 1139.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal - 4ª. Região. Apelação Cível nº 529702/RS (200071070028623), Relator: Paulo Afonso Brum Vaz. j. 09 set. 2003, unânime. **DJU** 01 out. 2003.

SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória**: a ação preventiva Prevista no art. 461 do CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativas aos deveres de fazer e de não fazer**: CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de execução**. 21. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2002.

_____. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2904>>. Acesso em: 13 maio 2004.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da fazenda pública**. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. Tutela específica. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, v. 3, p. 35-48, 2003.

VILEM, Antônio Carlos. Ação de preceito cominatório e fazenda pública. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 86, p. 153-155, abr./jun. 1998.

WATANABE, Kazuo, et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) **A reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

YARSHELL, Flavio Luiz. **A execução e efetividade do processo em relação à fazenda pública**: direito processual público. São Paulo: Malheiros, 2000.